

TRIBUNAL ARBITRAL
de
MARÍA MARGARITA ESPINOSA Y JAIR CRUZ ESPINOSA
contra
ALMACENES ÉXITO S.A.
(Rad. 2022 A-0064)

LAUDO ARBITRAL

En Bogotá D.C., el cinco (5) de febrero de dos mil veinticuatro (2024) el Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **MARÍA MARGARITA ESPINOSA** y **JAIR CRUZ ESPINOSA** como parte Convocante y **ALMACENES ÉXITO S.A.** como parte Convocada, profiere el presente Laudo, con el cual decide de fondo y de manera definitiva el conflicto planteado en la demanda arbitral y su respectiva contestación, previo recuento de los siguientes antecedentes.

I. ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL

1. LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

1.1. Parte Convocante

La parte **Convocante** en el presente proceso está integrada por:

- i. **MARÍA MARGARITA ESPINOSA** identificada con cédula de ciudadanía No. 31228691
- ii. **JAIR CRUZ ESPINOSA** identificado con cédula de ciudadanía No. 14230898.

En ese trámite arbitral la parte Convocante estuvo representada judicialmente por el abogado **GUILLERMO HERNÁN RODRÍGUEZ BARRERO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 14229883, de acuerdo con el poder obrante en el expediente digital, a quien se le reconoció personería para actuar mediante Auto No.01 proferido el 29 de marzo de 2023.)

1.2. Parte Convocada

La parte **Convocada** en el presente proceso es **ALMACENES ÉXITO S.A.**, representada legalmente por **JUAN SEBASTIÁN ECHAVARRÍA JARAMILLO** identificado con cédula de ciudadanía No. 1.039.465.627.

En este trámite arbitral la parte Convocante estuvo representada judicialmente por el abogado **ALEJANDRO AYORA TORO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.128.436.990, de acuerdo con los poderes obrantes en el expediente digital, a quien se le reconoció personería jurídica para actuar mediante Auto No.01 proferido el 29 de marzo de 2023.

2. PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el contenido en la Cláusula 18 del CONTRATO DE CONCESIÓN No.2016-2584 celebrado entre **MARÍA MARGARITA ESPINOSA** y la Convocada, que es del siguiente tenor:

“DECIMA OCTAVA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. Cualquier diferencia, controversia o reclamación que surja entre las Partes por razón o con ocasión de la existencia, interpretación, negociación, celebración, ejecución, terminación o liquidación de este Contrato, que no se pueda resolver amigable y directamente entre las Partes, dentro los veinte (20) días comunes siguientes a la fecha del aviso de reclamo dado por alguno de las Partes, será resuelta por un tribunal de arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, de acuerdo con las siguientes reglas: (i) El tribunal estará integrado por un (1) árbitro. (ii) El árbitro será designado y escogido por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín conforme a su reglamento. (iii) la organización interna, las tarifas y honorarios del árbitro se sujetarán a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín; (iv) el tribunal funcionará en Medellín, en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de esta ciudad; y (v) el tribunal decidirá en derecho con base en las normas vigentes y aplicables de la República de Colombia”.

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

- 3.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria antes citada, el 5 de diciembre de 2022 la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia recibió para su competencia el proceso iniciado por María Margarita Espinosa y Jair Cruz Espinosa en contra de Almacenes Éxito S.A., por parte del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable composición de la Cámara de Comercio Aburrá Sur.
- 3.2. El 9 de febrero de 2023 en la sede de la Unidad de Arbitraje por medios virtuales, de conformidad con el artículo 73 del Reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, realizó sorteo público para la designación del árbitro principal y los suplentes. Efectuado el sorteo, resultaron elegidos el doctor **MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ** como árbitro principal, y los doctores **Juan Felipe Ortiz Quijano** y **Luis Ramón Garces Díaz** como árbitros suplentes.
- 3.3. El 29 de marzo de 2023 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal (Acta No. 1), en la que mediante Auto No. 1 este se declaró legalmente instalado. El Dr. **JORGE ALBERTO RAMÍREZ GÓMEZ** fue designado como secretario del Tribunal y, previo el cumplimiento del deber de información, posesionado en la misma audiencia. Adicionalmente, mediante Auto No. 2 se inadmitió la demanda.
- 3.4. De forma oportuna, la Convocante subsanó la demanda, escrito que fue admitido mediante Auto No. 3 del 10 de abril de 2023 en Acta No. 2. En la misma providencia el Tribunal ordenó la notificación del Auto admisorio, así como el correspondiente traslado.
- 3.5. El 12 de abril de 2023, el apoderado de la Convocada interpuso recurso de reposición contra el Auto No. 3 del 10 de abril de 2023. Por su parte el 17 de abril de 2023 el apoderado de la Convocante radico escrito en el cual se pronunció respecto de la impugnación solicitando mantener el Auto recurrido.
- 3.6. El 20 de abril de 2023, mediante Acta No. 3 y Auto No. 4 el Tribunal decidió inadmitir la demanda en su versión subsanada y conceder término para su subsanación.
- 3.7. El 27 de abril de 2023, de manera oportuna el apoderado de la Convocante radicó escrito de subsanación de la demanda arbitral, por lo anterior, el 4 de mayo de 2023,

mediante Acta No. 4 y Auto No. 5 el Tribunal decidió admitir la demanda subsanada y conceder el término para la contestación de la misma.

- 3.8. El 31 de mayo de 2023 en forma oportuna el apoderado de la Convocada recorrió el traslado de la demanda arbitral, dándole contestación e interponiendo excepciones de mérito y objetando el juramento estimatorio. El 7 de junio de 2023, el apoderado de la Convocante manifestó “descorrer el traslado de las excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio, formulados por la Convocada”.
- 3.9. El 26 de junio de 2023, se llevó a cabo la audiencia de conciliación propia del proceso arbitral. En ella se concluyó que no existía ánimo conciliatorio. En vista de que no se logró un acuerdo conciliatorio, mediante Auto No.9 (Acta No. 7) el Tribunal fijó las sumas correspondientes a los gastos y honorarios del proceso.
- 3.10. Las sumas correspondientes fueron pagadas en su totalidad por la parte Convocante, así consta en los recibos aportados al Tribunal.

4. LA CONTROVERSIA

4.1. LA DEMANDA ARBITRAL

4.1.1. Pretensiones

En la demanda arbitral la Convocante ha solicitado al Tribunal que en el laudo se efectúen las declaraciones y condenas que se citan a continuación:

PRIMERA. Que se declare que ALMACENES ÉXITO S.A. es civil y contractualmente responsable de los perjuicios de orden material y extrapatrimoniales sufridos por los señores MARIA MARGARITA ESPINOSA Y JAIR CRUZ ESPINOSA en desarrollo y ejecución del contrato de concesión No. 2016-2584 de fecha de 17 de diciembre de 2017 como consecuencia de las inundaciones en el local “azul peluquería y spa” ubicado en la avenida 5N No. 23DN-40 supermercado “superinter la pasarella” Barrio San Vicente, zona norte de la ciudad de Santiago de Cali, departamento del Valle del Cauca, por culpa única y exclusiva de ALMACENES ÉXITO S. A.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a ALMACENES ÉXITO S.A. a pagar a favor de los señores MARIA MARGARITA ESPINOSA y JAIR CRUZ ESPINOSA los siguientes perjuicios:

DAÑO EMERGENTE CONSOLIDADO; póliza AON la suma de \$1.052.687.00; adecuación del local a todo costo la suma de \$48.122.803.00; sillas peluquería la suma de \$6.942.064.00; espejos biselados la suma de \$983.459.00; lava cabezas la suma de \$2.892.527.00; camillas de madera la suma de \$1.735.516.00; equipo laser de depilación la suma de \$10.413.097.00; unidad de odontología la suma de \$3.471.032.00; compra aire acondicionado la suma de \$2.314.021.00; informe técnico de inspección de edificaciones la suma de \$1.281.547.00; dictamen pericial la suma de \$3.000.000.00; para un total de \$91.464.839.00.

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: UTILIDADES DEJADAS DE PERCIBIR: primer periodo la suma de \$48.499.678.00; segundo periodo la suma de \$9.655.340.00; INTERESES POR INVERSIÓN INICIAL EFECTUADA; sillas peluquería la suma de \$1.824.499.00; espejos biselados la suma de \$258.470.00; lava cabezas la suma de \$760.208.00; camillas de madera la suma de \$456.125.00; equipo laser de diodo la suma de \$1.976.541.00; computador COMPAQ la suma de \$456.125.00; equipo laser de depilación la suma de \$2.736.749.00; unidad de odontología la suma de \$912.250.00; compra de aire acondicionado la suma \$688.166.00; para un total de \$68.224.151.00; Para dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 206 del CGP bajo la gravedad del juramento discrimino cada uno de los conceptos en forma razonada en cuanto hace relación a la cuenta de estos.

PERJUICIOS MORALES

Los que determine el señor juez. Para esta clase de perjuicios no se requiere juramento estimatorio.

TERCERA: Que se condene en costas a la parte demandante.

4.1.2. Hechos

En la demanda se formularon 27 hechos, en los que se hizo referencia a las siguientes materias:

PRIMERO: Entre ALMACENES ÉXITO S.A. sociedad legalmente constituida e identificada con el Nit No. 890.900.608-9 por una parte y por la otra MARIA MARGARITA ESPINOSA mayor de edad y vecina de Cali e identificada con la cédula No. 31228691 suscribieron el contrato de concesión No. 2016-2584 en la ciudad de Cali el día 19 de diciembre de 2016 donde la señora MARIA MARGARITA ESPINOSA actuaba o tenía la condición de EL CONCESIONARIO.

SEGUNDO: El objeto de dicho contrato consistía en que ÉXITO concedía a EL CONCESIONARIO la facultad de comercializar sus productos y/o servicios mediante el aprovechamiento de la clientela de ÉXITO en uno a varios de sus almacenes para lo cual se especificará un área dentro de dicho almacén donde el CONCESIONARIO podrá

utilizar un nombre comercial definido de mutuo acuerdo. A cambio, EL CONCESIONARIO pagará una contraprestación mensual equivalente al mayor valor entre el porcentaje de ventas netas del CONCESIONARIO (antes del Iva) y el mínimo mensual garantizado según se pacte para cada establecimiento, así como los demás cargos definidos para la operación en cada almacén, las cuales se encuentran establecidas en el anexo No. 1 para cada uno de los almacenes.

TERCERO: El nombre del establecimiento de comercio se estableció como AZUL PELUQUERÍA & SPA y opero en el local lo 105 ubicado en la avenida 5 N No. 23 DN-40 en el supermercado “SUPERINTER” barrio San Vicente, zona norte de la ciudad de Santiago de Cali, departamento del Valle del Cauca. El establecimiento de comercio el día 31 de octubre de 2017 paso hacer de propiedad de JAIR CRUZ ESPINOSA.

CUARTO: Para el funcionamiento de dicho establecimiento de comercio EL CONCESIONARIO tuvo que adecuar el espacio dado en concesión y para tal efecto se contrató con el señor NESTOR MORENO quién realizó la obra en 30 días.

QUINTO: La obra realizada consistió en adecuar 3 cabinas para estética. Dos baños un lavamanos, adecuación de 5 estaciones de trabajo para peluqueros, nivelar una pendiente del local para instalar 3 manicuristas y hacer toda la adecuación en panel yeso en techo del local en una presentación moderna con más de 28 lámparas LED y balas de LED de lujo. Cerrar todo el local por las dos entradas en vidrio y perfilaría en aluminio, instalación de 2 lava cabezas, aire acondicionado y toda la parte eléctrica con más de 20 puntos, espejos biselados.

SEXTO: Esta obra tuvo un precio de TREINTA Y DOS MILLONES DE PESOS y tuvo una duración de 30 días.

SEPTIMO: El espacio otorgado por ÉXITO era un pasillo y el CONCESIONARIO lo convirtió en un local comercial.

OCTAVO: Además de la obra civil señalada anteriormente, EL CONCESIONARIO compro 5 sillas de peluquería con sus respectivos tocadores por un valor de \$6.000.000.00; un lava cabezas importado por un valor de \$2.500.000.00; dos camillas de madera cada una por un valor de \$750.000.00; un equipo de laser de diodo por un valor de \$6.500.000.00; un computador Compaq presario con monitor de 19 pulgadas y un equipo de laser para depilación, rejuvenecimiento, manchas, acné por un valor de \$17.000.000.00.

NOVENO: El establecimiento de comercio se abrió al público en el mes de febrero de 2017.

DECIMO: En el mes de mayo de 2017 se presentó una inundación de tal magnitud que el agua subió más de 8 centímetros afectando paredes de panel yeso los sifones de los baños que tiene ÉXITO para el público y que quedan contiguo a la peluquería los cuales se rebosaron y toda esa suciedad con materia fecal contamina los muebles y en general todo el establecimiento de comercio. Se envió carta de fecha 15 de junio del 2016 donde se puso en conocimiento estas Gircunstancias y la cual se anexa como prueba a este

proceso.

DÉCIMO PRIMERO: Se pudo constatar por medio de grabaciones (VIDEOS) y fotos que existían unas tejas rotas en el del techo del inmueble y que por allí fue que se produjo la inundación al interior del establecimiento de comercio propiedad de mis poderdantes. Es claro precisar y señalar que ÉXITO no tomo ningún correctivo al respecto ya que siempre que llovía se entraba el agua la interior del local de mis mandantes.

DÉCIMO SEGUNDO: Debido a las circunstancias señaladas anteriormente y por el mal olor que se venía presentando la clientela comenzó a retirarse. El mal olor provenientes de los baños que tiene el ÉXITO para sus clientes y personal como de vendedores ambulantes que hacen uso de este ya que no existe control por parte de la administración para el uso de él trabajo como consecuencia el retiro de la clientela ya que dichos olores eran insoportables. No se puede dejar de señalar que el baño se encuentra contiguo al local comercial de mis mandantes.

DECIMA TERCERO: De otra parte, respecto a las filtraciones de aguas lluvias era un secreto que tenía guardado el ÉXITO y que nunca dio a conocer a mis mandantes ya que ellos sufrieron daños como el de arroz por inundaciones dentro del inmueble. Circunstancia ésta que de conocerla mis poderdantes no hubieran tomado el espacio otorgado por el ÉXITO y muchos menos habían hecho la inversión que hicieron para poner en funcionamiento su local comercial.

DECIMO CUARTO: A finales de mayo se presentó nuevamente otra inundación que produjo daños materiales en varios de los utensilios o bienes utilizados en el salón como fue entre otros el daño a una base de una unidad d odontología que tenían en una cabina y era utilizada para depilación con láser. Igual suerte ocurrió con un ventilador marca Kalley de 18000 Btu el cual fue comprado en Almacenes Al Kosto.

DECIMO QUINTO: Para el mes de octubre les llegó a mis poderdantes una comunicación por parte de ÉXITO de que iban a dar por terminado el contrato por la causal de no pago.

En el mes de noviembre la administradora del inmueble ordenó el cierre del local comercial de mis mandantes sin que ellos pudieran hacer nada para evitarlo y que además la administradora no dejo sacar ningún elemento de este.

DECIMO SEXTO: El ÉXITO en forma arbitraria e injusta no dejó sacar ni siquiera las historias clínicas de los clientes lo que produjo un grave daño material y moral a mis poderdantes ya que sus clientes comenzaron a regar la bola de lo que allí había ocurrido y que se veían gravemente perjudicados por esta situación.

DECIMO SEPTIMO: El local comercial estuvo cerrado desde noviembre de 2017 hasta el día 12 de enero de 2018 fecha en la cual se abrió nuevamente luego de llegar a un acuerdo de pago con ÉXITO.

DECIMO OCTAVO: El día 14 de enero de 2018 se presentó nuevamente otra inundación por aguas lluvias, que trajo consigo el daño material de otros elementos como el del computador de recepción y un equipo de laser de diodo.

Como consecuencia de la inundación se volvió a cerrar el local comercial y no se pudo cumplir con los pagos acordados con ÉXITO.

DECIMO NOVENO: Dado las anteriores circunstancias y el deterioro de los bienes no se pudo abrir el local comercial a pesar de los múltiples intentos que se hicieron por parte de mis mandantes para lograr su cometido, pero ÉXITO nunca colaboro para ello.

VIGESIMO: El ÉXITO dio por terminado el contrato en forma unilateral por incumplimiento del contrato y así lo señala al contestar un derecho de petición que mis poderdantes le elevaron sobre las causas de este. Allego prueba de la respuesta al derecho de petición y las causas que llevaron a la terminación del contrato por parte de ÉXITO.

VIGESIMO PRIMERO: Como consecuencia de los perjuicios sufridos por mis mandantes con ocasión de las inundaciones por aguas lluvias se contrató con el ingeniero civil especialista en estructuras doctor WILLIAM ANDRES AVILA CARDONA para que se elaborara un informe técnico de inspección de edificaciones en el local “azul peluquería y spa” ubicado en la avenida 5N No. 23DN-40 supermercado “superinter la pasarella” en el cual se determinó las siguientes patologías: En la visita técnica realizada el día 12 de septiembre de 2018 se observaron en el piso manchas dejadas por la presencia de aguas, lo que indica que a pesar que el negocio se encuentra cerrado sin atención al público existe una filtración de agua desde las instalaciones del supermercado “superinter la pasarella” hacia el interior del local “azul peluquería y spa”. Se aportan fotos.

Los daños causados en los equipamientos de “azul peluquería SPA” del local LO105 fueron ocasionados por el constante y prolongado contacto con el agua, producto de una inundación generado por eventos de fuertes lluvias.

Los daños más representativos ocurrieron en las sillas, bases metálicas, equipo de láser, equipo de cómputo, unidad de aire acondicionado, muros divisiones y enchapes.

En ocasiones agua proveniente de la inundación alcanza el nivel del sifón que se encuentra en los baños, ocasionando el rebose de este al superar su capacidad sanitaria por lo que se combinan aguas lluvias con aguas residuales.

En la zona de las neveras del supermercado “superinter la pasarella” se encuentra averiada una teja, la cual ha ocasionado múltiples inundaciones al local de “azul peluquería spa” al tener el acceso al lado del sitio donde se encuentra la filtración en la cubierta teniendo en cuenta el desnivel presente. (informe que se anexa como prueba).

VIGESIMO SEGUNDO: Los daños que sufrieron mis mandantes y que constituyen los perjuicios por ellos sufridos son los siguientes: DAÑO EMERGENTE CONSOLIDADO: póliza A ON la suma de: \$1.052.687.00; Adecuación del local a todo costo la suma de \$48.122.803.00; sillas peluquería la suma de \$6.942.064.00; espejos biselados la suma de \$ 983.459.00; lava cabezas la suma de \$2.892.527.00; camillas de madera la suma de \$1.735.516.00; equipo laser de diodo la suma de \$7.520.570.00; computador COMPAQ la suma de \$1.735.516.00; equipo laser de depilación la suma de \$10.413.097.00; unidad

de odontología la suma de \$3.471.032.00; compra aire acondicionado la suma de \$2.314.021.00; informe técnico de inspección de edificaciones la suma de \$1.281.547.00; dictamen pericial la suma de \$3.000.000.00; para un total de \$91.464.839.00.

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: UTILIDADES DEJADAS DE PERCIBIR: primer periodo la suma de \$48.499.678.00; segundo periodo la suma de \$9.655.340.00; INTERESES POR INVERSION INICIAL EFECTUADA: sillas peluquería la suma de \$1.824.499.00, espejos biselados la suma de \$ 258.470.00; lava cabezas la suma de \$760.208.00; camillas de madera la suma de \$456.125.00; equipo laser de diodo la suma de \$1.976.541.00; computador COMPAQ la suma de \$456.125.00; equipo laser de depilación la suma de \$2.736.749.00; unidad de odontología la suma de \$912.250.00; compra aire acondicionado la suma de \$688.166.00; para un total de \$68.224.151.00.

VIGESIMO TERCERO: Los daños y perjuicios sufridos por mis poderdantes ocurrieron como consecuencia de la desidia y negligencia por parte de ALMACENES ÉXITO S.A. al no tomar los correctivos necesarios para evitar las inundaciones que se produjeron a pesar de los múltiples avisos que al respecto hicieran mis mandantes para que estas circunstancias o eventos no se volvieran a presentarse.

VIGESIMO CUARTO: De conformidad con el artículo 63 del C.C. La culpa atribuible a ALMACENES ÉXITO S.A. es de las denominadas graves que es la no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

VIGESIMO QUINTO: Todo el que hace un daño o perjuicios debe indemnizarlo, esta es una regla contemplada en el artículo 2343 del C.C.

VIGESIMO SEXTO: ALMACENES ÉXITO S.A. debe reparar los daños y perjuicios sufridos por mis mandantes como consecuencia de su culpa grave y por omisión al no realizar las reparaciones en el techo o terraza por donde se produjeron las inundaciones por aguas lluvias sobre el inmueble donde se encontraba en funcionamiento el local comercial y trajo como consecuencia la pérdida total de los bienes de mis mandantes.

VIGESIMO SEPTIMO: Se me confirió poder para iniciar este proceso.

4.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL SUBSANADA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES

4.2.1. Pronunciamiento sobre los hechos y las pretensiones

La Convocada contestó oportunamente la demanda y manifestó que algunos de los hechos son ciertos, otros no y que algunos no son ciertos como se presentan, haciendo las aclaraciones del caso. Adicionalmente se opuso a todas las pretensiones y formuló objeciones al juramento estimatorio.

4.2.2. Las excepciones formuladas

La Convocada formuló las siguientes excepciones:

1. *Prescripción.*
2. *Ausencia de incumplimiento contractual de ALMACENES ÉXITO S.A.*
3. *Incumplimiento de la parte demandante.*
4. *Excepción de contrato no cumplido.*
5. *Ausencia de los elementos que configuran una responsabilidad civil.*
6. *Los elementos esenciales del acuerdo de voluntades celebrado son y gozaron de las características propias de un contrato de concesión.*
7. *Causa extraña (fuerza mayor).*
8. *Inexistencia del pacto arbitral con JAIR CRUZ ESPINOSA (y con ella, falta de legitimación en la causa por activa).*
9. *Indemnidad (exclusión de responsabilidad).*
10. *Compensación.*
11. *Inexistencia del perjuicio (ausencia absoluta de su prueba).*
12. *Tasación excesiva y desproporcionada del perjuicio.*
13. *Cosa juzgada absolutoria por desistimiento expreso de las pretensiones.*

5. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y ETAPA PROBATORIA

5.1. Primera audiencia de trámite

El 22 de agosto de 2023, se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, oportunidad en la que, previo cumplimiento de las etapas establecidas de la ley, mediante Auto No. 13 en Acta No. 11 el Tribunal se declaró competente para conocer de las controversias plasmadas en la demanda arbitral subsanada y su contestación. La providencia se notificó en audiencia y las partes no interpusieron recursos en contra de la decisión de competencia.

5.2. Etapa probatoria

5.2.1. Pruebas documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que

a cada una correspondiera según la ley, los documentos aportados por las partes.

Durante el desarrollo de la etapa probatoria, la parte Convocante, además, aportó los siguientes documentos:

- a. Ratificación, mediante documento de reconocimiento de firma y documento rendido en notaria, de los documentos aportados con las firmas de MARTHA PATRICIA VILLAREAL JARAMILLO y WILLIAM ANDRÉS ÁVILA CARDONA.

Respecto de los documentos anteriormente enunciados este Tribunal se atiene a lo señalado en Auto No 25 de fecha veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023), esto es, prescindir de los documentos aportados por haber sido allegados de forma extemporánea y no incorporarlos al expediente.

- b. Documentos relativos a la exhibición de documentos de MARÍA MARGARITA ESPINOSA, concretamente, “*declaraciones de renta de los años 2017 y 2018, carta de Autorización de reporte y consulta a centrales de riesgo de almacenes éxito, otrosí al contrato de concesión; balances financieros 2014-2015-2016 y sus respectivos estados financieros y la factura de pago de la póliza.*” Estos documentos fueron aportados por fuera de la audiencia de exhibición de documentos, mediante correo electrónico del 5 de octubre de 2023.
- c. Seis correos electrónicos con información documental aportada durante la audiencia de exhibición de documentos del 2 de octubre de 2023, por parte de JAIR CRUZ ESPINOSA. Estos fueron compartidos con la parte Convocada.

Respecto de los documentos anteriormente enunciados este Tribunal se atiene a lo señalado en Auto No 22 de fecha doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2023), esto es, prescindir de los documentos aportados de forma extemporánea en memorial del 5 de octubre y no incorporarlos al expediente.

- d. Cesión de derechos litigiosos de MARÍA MARGARITA ESPINOSA a JAIR CRUZ ESPINOSA fechada del 8 de agosto de 2022.

5.2.2. Interrogatorio y declaración de parte

El 25 de septiembre a partir de las 9:00am se practicaron los interrogatorios de parte de la siguiente forma:

Parte convocada	Juan Sebastian Echavarría identificado con cédula de ciudadanía No. 1.039.465.627 representante de Almacenes Éxito
Parte convocante	Jair Espinosa Cruz, identificado con cédula de ciudadanía No. 14.230.898
	María Margarita Espinosa identificada con cédula de ciudadanía No. 31.228.691

5.2.3. Dictamen pericial de parte

La parte Convocada aportó un dictamen pericial elaborado por el perito Mario Alfonso González Gutiérrez identificado con cédula de ciudadanía No. 14.229.5546. En audiencia del 12 de octubre de 2023 (consignada en Acta 16) el perito rindió declaración sobre el contenido del dictamen.

5.2.4. Pruebas desistidas

El testimonio de Julián Andrés León Castañeda no fue practicado por haber sido desistido por la parte Convocada en audiencia del 12 de octubre de 2023 (consignada en Acta 16).

Los testimonios de Ricky Alejandro Cruz Acosta, Sandra Patricia Montilla y Edith Cruz no fueron practicados por inasistencia de las personas mencionadas en la audiencia del 26 de septiembre de 2023 (consignada en Acta 14).

5.2.4. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

En audiencia celebrada el 2 de octubre de 2023, se practicó la exhibición de documentos a cargo de la parte Convocante. MARÍA MARGARITA CRUZ ESPINOSA no concurrió a la audiencia y no exhibió los documentos ordenados por el Tribunal. Todo lo cual consta en Acta No.15 del 2 de octubre de 2023.

Los documentos fueron aportados extemporáneamente y por fuera de audiencia, por lo

que este Tribunal se atiene a lo señalado en Auto No 22 de fecha doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2023), esto es, prescindir de los documentos aportados de forma extemporánea en memorial del 5 de octubre y no incorporarlos al expediente.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia celebrada el 24 de octubre de 2023, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, de manera oral y aportaron los correspondientes escritos en los que sus argumentos se desarrollan, los cuales fueron incorporados al expediente.

7. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

De conformidad con lo establecido en el numeral segundo del Auto No.13 del 22 de agosto de 2023, el término de duración del proceso arbitral es de 6 meses. En ese sentido, teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite se celebró el pasado 22 de agosto de 2023, el término para proferir el laudo vence el próximo 22 de febrero de 2024.

Por lo anterior, la expedición del presente Laudo en la fecha es oportuna.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Se somete a consideración del Tribunal la resolución del conflicto originado entre Las Partes con ocasión del incumplimiento del Contrato de Concesión No.2016-2584 celebrado entre la señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA** y **ALMACENES ÉXITO S.A.** (en adelante el “Contrato de Concesión”). Incumplimiento por parte de **ALMACENES ÉXITO S.A.** en su calidad de Concedente, derivado de la falta de diligencia y cuidado de este para evitar y subsanar oportunamente las afectaciones que, en consideración de la Convocante, sufrió el espacio concedido por las inundaciones presentadas en el mismo en mayo de 2017 y enero de 2018, las cuales, además de generar daños al material y equipos de la Convocante, impidieron el desarrollo de las actividades económicas previstas en el mismo según lo estipulado en el Contrato.

Para cumplir con la tarea encomendada este Tribunal procederá a analizar el caso puesto a su consideración de la siguiente manera: 1. Se analizará y decidirá sobre la legitimación por activa del señor **JAIR CRUZ ESPINOSA**, quien acude como parte Convocante, según él, como consecuencia de la cesión del Contrato de Concesión celebrada el día 31

de octubre de 2017 entre este y la señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA**; 2. Se analizará y decidirá sobre el incumplimiento del Contrato de Concesión, y; 3. Se decidirá sobre los daños y perjuicios causados por la Convocada. Par el efecto, se analizarán las pruebas allegadas oportunamente al trámite arbitral, así como los argumentos de cada una de las partes.

1. Legitimación por activa del señor JAIR CRUZ ESPINOSA

En su escrito de contestación la Convocada presentó como excepción la inexistencia del pacto arbitral entre esta y el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** y, consecuencia de ello, la falta de legitimación por activa de éste. Lo anterior, aduciendo que este último nunca hizo parte del Contrato de Concesión y que, por lo tanto, con aquel no existe pacto arbitral alguno. Alegación que fue analizada preliminarmente por este Tribunal al momento de pronunciarse acerca de su competencia, pero que, en los términos de lo señalado en el Auto No 13 (Pronunciamiento del Tribunal sobre su propia competencia) quedaría sujeta a lo que sobre el particular se encontrara en el curso del trámite correspondiente. Al respecto, en el Auto No 13 se dijo: *“Si durante el curso del proceso, en particular con las pruebas que se reciban del expediente judicial 05266-31-03-003 202200116-00, emerge claro que no existió pacto arbitral con JAIR CRUZ ESPINOSA, entre otras, porque los actos procesales de la Convocada que han sido acá referidos no lo cobijan, esta conclusión, naturalmente, será variada en el laudo.”* Teniendo en cuenta lo probado en el proceso, el Tribunal considera necesario reevaluar la decisión adoptada en su momento y decidir sobre la excepción propuesta por la Convocada.

Como es bien sabido, la legitimación en la causa por activa hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes del proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona que ostenta la titularidad de la relación jurídica material es a quien habilita la ley para actuar procesalmente. Lo anterior, traído al caso concreto, impone la necesidad de que el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA**, para reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del Contrato de Concesión por la Convocada, fuese parte en dicho contrato, es decir, ostentara la calidad de Concesionario en los términos y condiciones estipulados en aquel.

Una vez analizadas las pruebas allegadas al expediente el Tribunal encuentra que el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** no era parte del Contrato de Concesión, hallándole entonces la razón a la Convocada por las siguientes razones:

- a. En la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión celebrado entre la señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA** y la **ALMACENES ÉXITO S.A.** se estipuló de manera clara y expresa que el Concesionario no podría ceder total o parcialmente el Contrato mencionado.
- b. No obra en el expediente prueba alguna que dé cuenta de la modificación del Contrato de Concesión en lo que se refiere a la cesión de este.
- c. La validez de la estipulación en mención no ha sido cuestionada por la Convocante y/o no es motivo de discusión en el presente trámite, por lo que no le corresponde a este Tribunal decidir acerca de la misma. Considerando lo anterior, la cláusula está vigente y surte plenos efectos para las partes.
- d. No obra en el expediente prueba alguna que de cuenta de la aceptación por parte de la Convocada de la cesión del Contrato de Concesión a favor del señor **JAIR CRUZ ESPINOSA**.
- e. Ahora bien, para el Tribunal el simple hecho de que el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** hubiese adelantado gestiones tendientes al desarrollo del negocio, adelantado discusiones y/o negociaciones y se hubiese cruzado comunicaciones con la Convocada no da cuenta de la aceptación de la cesión de la posición contractual de la señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA** a aquel, mucho menos de que este obrara como concesionario en el mencionado Contrato.

En este punto no se puede pasar de alto que en el desarrollo de la relación contractual existente entre la señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA** y la **ALMACENES ÉXITO S.A.** el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** actuó siempre como interlocutor/representante de la primera, sin que ello implicará que era parte en el Contrato de Concesión celebrado. De ello da cuenta el contenido de los correos electrónicos aportados por la Convocante con el escrito de fecha 7 de junio de 2023 (mediante el cual se recorrió el traslado de las excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio, formulados por la Convocada)¹, anteriores inclusive a la

¹ Los correos electrónicos referidos son los siguientes:

— Correo enviado desde la dirección julianandres.leoncastaneda@grupo-exito.com de fecha 5 de septiembre de 2016 (11.32am) dirigido al señor Jair Cruz Espinosa.

firma del Contrato de Concesión.

Tampoco es aceptable en este punto como argumento de la Convocante para este Tribunal la manifestación realizada por la señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA** en el interrogatorio de parte evacuado en el sentido de que ella era solamente la representante legal del negocio, pero que no trabajaba en aquél, ya que el desarrollo integral del negocio era por cuenta del señor **JAIR CRUZ ESPINOSA**. Lo anterior, considerando que quien celebró el Contrato de Concesión, firmó los pagarés que obraban como garantía de sus obligaciones y además aportó todos los documentos para su celebración fue ella misma, esto es, la señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA**. Declaración que además no se acompasa con lo afirmado por la Convocante en el sentido de que ella “era la responsable”. Lo anterior, al ser preguntada por el apoderado de la Convocada sobre el porqué la certificación de la contadora aportada al proceso incluía la relación de los gastos realizados a su nombre. Afirmación que por demás se encontraba en línea con lo declarado por el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** quien al ser interrogado por el apoderado de la Convocada sobre la persona que tenía la calidad de concesionario señaló que “mi hermana”.

- f. De otra parte, y contrario a lo que señaló el apoderado de la Convocante en su escrito de fecha 7 de junio de 2023 (mediante el cual se describió el traslado de las excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio, formulados por la Convocada), no existe evidencia en el expediente de que el día 31 de octubre de 2017 el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** hubiese adquirido de la señora **MARÍA**

-
- Correo enviado desde la dirección julianandres.leoncastaneda@grupo-exito.com de fecha 5 de septiembre de 2016 (01.11pm) dirigido al señor Jair Cruz Espinosa.
 - Correo enviado desde la dirección azuleluqueriaspa1@gmail.com de fecha 5 de septiembre de 2016 (01.09pm) dirigido al señor Julián Andrés Castañeda.
 - Correo enviado desde la dirección azuleluqueriaspa1@gmail.com de fecha 6 de octubre de 2016 (10.20 am) dirigido al señor Julián Andrés Castañeda.
 - Correo enviado desde la dirección julianandres.leoncastaneda@grupo-exito.com de fecha 6 de octubre de 2016 (04.30pm) dirigido al señor Jair Cruz Espinosa.
 - Correo enviado desde la dirección azuleluqueriaspa1@gmail.com de fecha 6 de octubre de 2016 (06.14 pm) dirigido al señor Julián Andrés Castañeda.
 - Correo enviado desde la dirección julianandres.leoncastaneda@grupo-exito.com de fecha 6 de octubre de 2016 (06.50pm) dirigido al señor Jair Cruz Espinosa.
 - Correo enviado desde la dirección julianandres.leoncastaneda@grupo-exito.com de fecha 30 de noviembre de 2016 (05.47pm) dirigido al señor Jair Cruz Espinosa.
 - Correo enviado desde la dirección azuleluqueriaspa1@gmail.com de fecha 15 de diciembre de 2016 (08.16am) dirigido al señor Julián Andrés Castañeda.

MARGARITA ESPINOSA el establecimiento de comercio Azul Peluquería & Spa y que, con motivo de dicha adquisición, se hubiese cedido la posición contractual de esta última en el Contrato de Concesión. Lo anterior, si consideramos lo siguiente:

- i) El certificado de matrícula de persona natural del señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** expedido por la Cámara de Comercio de Cali el día 30 de julio de 2021 y aportado con el escrito de la demanda para dar cuenta de que en el mismo no existe registro alguno de la operación a que hace referencia el apoderado de la Convocante. De igual forma, no se observa que dentro de las pruebas aportadas al proceso se encuentre la escritura pública o documento privado de compraventa del establecimiento en mención, por lo que no puede inferirse que se hubiese dado cumplimiento a lo señalado en el artículo 526 del Código de Comercio.
- ii) Lo que se evidencia de la documentación aportada, y en especial el certificado de matrícula de persona natural del señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** expedido por la Cámara de Comercio de Cali el día 30 de julio de 2021, es que existe un establecimiento de comercio denominado Azul Peluquería & Spa a nombre del señor **JAIR CRUZ ESPINOSA**. Establecimiento que por demás fue registrado, según la información que se suministra en dicho certificado el día 1º de junio de 2006, es decir, diez años antes de la celebración del Contrato de Concesión en disputa.
- iii) La supuesta venta a que hace referencia el apoderado de la Convocada fue informada mediante correo electrónico de fecha 24 de noviembre de 2017 (04.31pm) al señor Julián Andrés Castañeda sin soporte alguno y/o evidencia documental que nos lleve a considerar que con dicho negocio (venta del establecimiento de comercio) se hubiese pretendido siquiera la cesión de la posición contractual en el Contrato de Concesión.
- iv) Además, como ya lo hemos señalado, no existe prueba en el expediente que dé cuenta de la aceptación expresa por parte de la Convocada de la cesión del Contrato de Concesión. Mucho menos se evidencia prueba alguna que dé cuenta de que la Convocada aceptara expresamente la modificación de la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión celebrado. Autorización que es de suyo imperativa considerando el carácter *intuitu personae* del Contrato celebrado.
- v) Finalmente, se observa que la propuesta de acuerdo de pago remitida por la

Convocada a al señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** mediante correo electrónico del día 5 de enero de 2018 (08.01am) incluía aún a la señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA** como concesionaria.

Como se aprecia de los documentos aportados, se reitera, algunos de ellos anteriores inclusive a la celebración misma del Contrato de Concesión, así como de las declaraciones surtidas, el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** nunca actuó como parte del Contrato celebrado, nunca lo celebró y no se le cedió como equivocadamente lo argumenta su apoderado, por lo que su devenir no le afecta. Teniendo en cuenta lo anterior, para el Tribunal es claro que la relación jurídica existente con motivo del Contrato de Concesión cobija única y exclusivamente a la señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA** y a **ALMACENES ÉXITO S.A.**, por lo que los efectos derivados de la misma, su desarrollo, cumplimiento y/o incumplimiento, incluidos los efectos de la cláusula compromisoria incorporada en el Contrato de Concesión celebrado, solo puede incumbir a estos. Así las cosas, se procederá a declarar fundada la excepción de inexistencia de pacto arbitral con el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA**, y con ella, falta de legitimación en la causa por activa de éste en los términos propuestos por la Convocada.

2. Sobre el incumplimiento del Contrato de Concesión

Como es natural, para que prosperen las pretensiones de la Convocante será necesario que se encuentren debidamente probados el incumplimiento del Contrato y los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Alega la Convocante que la Convocada incumplió el Contrato de Concesión al no actuar de manera diligente ante las inundaciones que se presentaron en el local comercial y no solucionar de manera oportuna las causas que dieron lugar a estas. Consecuencia de dicho incumplimiento se presentaron daños y perjuicios derivados de las menores ventas del negocio desarrollado y pérdidas en los materiales y equipos instalados en el espacio concedido. Soporta sus alegaciones con los documentos, material gráfico y en el Informe Técnico elaborado por el ingeniero William Andrés Ávila Cardona. Sobre este último, si bien fue aportado al proceso con la demanda, el mismo no fue objeto de ratificación en el término señalado por el Tribunal, previa solicitud expresa de la Convocada, por lo que carece de valor probatorio (artículo 262 CGP).

Por su parte, la Convocada ha señalado que el Contrato de Concesión celebrado no incorpora una obligación para el Éxito S.A. enderezada a mantener el inmueble en un estado específico, a mantenerlo o hacerle las reparaciones locativas necesarias para su uso normal. Argumenta además que en el Contrato celebrado la Convocante asumió de manera libre los riesgos inherentes a pérdidas parciales o totales de mercancías y/o bienes muebles originadas por incendio, inundación, asonada, (...) o cualquier otro acto y en general por fuerza mayor o caso fortuito, en los términos de la Cláusula Décima de este. Finalmente, alega, entre otras excepciones, la de contrato no cumplido en los términos del Artículo 1609 del Código Civil y la ausencia de los elementos que configuran una responsabilidad civil.

Para analizar los argumentos de las partes es necesario definir las obligaciones que surgen para cada una de ellas en virtud del Contrato celebrado. Para el efecto, debemos considerar que el contrato de concesión comercial de espacio se ha definido como aquella *“relación por medio de la cual, una persona natural o jurídica posee uno o varios establecimientos de comercio, que generalmente operan en cadena y sus servicios y/o productos están acreditados y son reconocidos por los consumidores, motivo por el cual atraen a un público o clientela potencial y como instrumento de reducción de costos, optimización del espacio, mejora de sus rendimiento y servicios ofrecidos a sus clientes, opta por facilitar algunos espacios físicos de sus establecimientos a terceras personas comerciantes que deseen ofrecer sus productos o servicios al público que visita el establecimiento de comercio de aquella persona natural o jurídica.”*².

Contrato del que, como es evidente, uno de sus elementos esenciales (Artículo 1501 del Código Civil) es la autorización para el uso y explotación de uno o varios espacios dentro de uno o varios establecimientos de titularidad del concedente. Consecuencia de su carácter y de la esencia misma de este tipo contractual, el concedente tiene la obligación de entregar al concesionario los bienes (muebles e inmuebles) que le hubiere prometido. Como es natural, el inmueble se ha de entregar en condiciones aptas para la ejecución de las actividades propias de la concesión, salvo pacto en contrario. De igual forma, el concedente debe garantizar de manera permanente que el inmueble se encuentre en condiciones óptimas para el desarrollo de la actividad comercial para la cual se destina en los términos estipulados en el contrato celebrado. Obligación que emana, más allá de

²

Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Cali. Laudo Arbitral del 20 de agosto de 2009, Aerocali S.A. vs Librería Atenas S.A., árbitro único: Jaime Olano Martínez.

la esencia misma del contrato, del deber correlativo que surge de la buena fe, como máxima imperativa para las partes en cualquier tipo de contratos.

Así las cosas, si no se hubiere estipulado nada distinto en el Contrato celebrado, el concedente, en este caso la Convocada, está obligado a entregar el inmueble y garantizar que este se encuentra en óptimas condiciones para desarrollar las actividades propias de la concesión. Obligación que incorpora, como es natural, la de realizar las reparaciones necesarias al espacio concedido ante la ocurrencia de situaciones que pongan en peligro su disponibilidad. Obligación que no conlleva, como es lógico, la realización de las adecuaciones que deba hacer el concesionario para el desarrollo de la actividad mercantil acordada, ni mucho menos aquellas reparaciones que resulten necesarias por actos imputables al concesionario o que estén fuera de la esfera de su control.

En el presente caso, en el Contrato de Concesión celebrado, por demás desbalanceado, se encuentra dirigido exclusivamente a establecer únicamente las obligaciones del concesionario, carece de obligaciones para el concedente, lo que no quiere decir que por ello no las tenga. Como ya se ha señalado, la esencia misma de este tipo de contratos impone al concedente la obligación de entregar el inmueble y garantizar que este se encuentra en óptimas condiciones para desarrollar las actividades propias de la concesión. Interpretación que se fundamenta en la necesidad de preservar la esencia misma del contrato, así como lo señalado en el Artículo 1621 del Código Civil y en la regla *interpretatio contra proferentem*, acuñada en el Artículo 1624 del Código Civil.

Así las cosas, no es aceptable para el Tribunal que la Convocada pretenda evadir su responsabilidad con el argumento según el cual “*En la literalidad del contrato no existe una obligación principal de Éxito enderezada a mantener el inmueble en un estado específico. Lo anterior es preciso aclararlo, porque, por la tipificación del contrato, esto es, su característica de concesión, Éxito no le entregaba la tenencia del inmueble a los demandantes y por ello, no asumía una obligación de mantenerlo en un estado específico de servir.*” Como ya se ha señalado, es de la esencia de este tipo de contrato la entrega misma de un espacio que sea apto para el cumplimiento de los propósitos señalados en el contrato mismo, esto es, la explotación de la clientela.

Ahora bien, en el contrato celebrado se incorporaron dos estipulaciones relativas al espacio y las cargas y riesgos que asume cada una de las partes en relación con el mismo.

La primera de ellas es la Cláusula Cuarta, según la cual el concesionario se obliga a realizar las mejoras y adecuaciones necesarias para el desarrollo de su negocio, así como el mantenimiento preventivo y correctivo asociado al mismo. Obligación que, vale la pena aclarar, se limita únicamente al espacio concedido, más no a todo el inmueble en que este se encuentra. Aclaración pertinente para el presente caso si se considera que los daños que se presentaron en el espacio concedido tenían como origen defectos ajenos al mismo, ya que provenían de irregularidades observadas en sus afueras. Como quedó demostrado, las inundaciones sufridas se debían a defectos en el techo y tejas y en las tuberías y desagües ubicadas fuera de este y que, además, estaban fuera de la esfera de control de la Convocante.

La segunda de las estipulaciones, contenida en la Cláusula Décima del Contrato, señala que la Convocada no tendría responsabilidad alguna por las mercancías del concesionario y no respondería por pérdidas, parciales o totales, de mercancías y/o bienes muebles originadas por incendio, inundación, y en general por fuerza mayor o caso fortuito. Estipulación que no ha sido controvertida por la Convocante pero que en opinión de este Tribunal no es aplicable al caso concreto.

Para el Tribunal la cláusula en mención cubre aquellos riesgos que se encuentran fuera de la esfera de control de la Convocada, como esta lo señala de manera expresa (fuerza mayor o caso fortuito) más no aquellos riesgos o situaciones que hacen parte de su esfera de control, que puede solucionar y debe solucionar. En el presente caso, los hechos que dan lugar a las irregularidades denunciadas por la Convocante son consecuencia de defectos y falta de mantenimiento o atención recurrente de los defectos en el techo y las cubiertas del inmueble en el que se ubica el espacio concedido, así como de los desagües y las tuberías de este; no son consecuencia de hechos o circunstancias que no hubiesen podido ser solucionadas si la Convocada hubiese actuado de manera diligente. Como ya se ha observado, el mantenimiento y reparación de los defectos en el techo y las cubiertas del inmueble en el que se ubica el espacio concedido, así como de los desagües y las tuberías de este es una obligación propia del concedente (Convocada) y, como tal, no es una obligación o un riesgo que se puedan trasladar al concesionario (Convocante).

No es válido para el Tribunal entonces que la Convocada confíe en dicha estipulación para evadir su responsabilidad por los daños y perjuicios que se causaron con su actuar negligente. Como quedó demostrado a lo largo del trámite con la documentación aportada las inundaciones sufridas en el espacio asignado se debían a defectos en el techo y tejas

y en las tuberías y desagües ubicadas fuera de este, irregularidades que estaban en la esfera de control de la Convocada, quien debía, como ya se ha manifestado, adoptar las medidas que fuesen necesarias para subsanar dichas irregularidades.

De lo anterior dan cuenta los documentos y el material gráfico aportado por la Convocante. Como se prueba las comunicaciones y correos electrónicos aportados la Convocada fue informada en múltiples ocasiones de las inundaciones que se venían presentando, por lo que las conocía plenamente. De igual forma, con las comunicaciones referidas también se da cuenta de que la Convocada inclusive estuvo dispuesta a originar notas crédito para descontar los daños que la Convocante sufrió en sus activos. Sobre el particular resultan relevantes: i) Las comunicaciones del señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** dirigidas a la Convocada y fechadas el 30 de abril de 2017, el 17 de junio de 2017, el 24 de noviembre de 2017 y el 18 de enero de 2018. Todas estas comunicaciones en las que se pone en conocimiento de la Convocada sobre las inundaciones, y; ii) el correo electrónico de fecha 20 de junio de 2017 proveniente del funcionario de la Convocada, el señor Julián Andrés León Castañeda. En este último el funcionario expresa la necesidad de originar notas crédito para descontar los daños que la Convocante sufrió en sus activos.

De otra parte, más allá de la intención de generar notas crédito, no obra prueba alguna en el expediente de un actuar diligente de la Convocada, de que esta hubiese actuado de manera diligente ante las irregularidades comunicadas, de que hubiese dado respuesta efectiva a la Convocante sobre las medidas a adoptarse o sobre la adopción de tales medidas.

Con lo anterior se prueba que la Convocada incumplió su obligación de entregar a la Convocante y mantener durante la ejecución del contrato un espacio que fuera apto para el cumplimiento de los propósitos señalados en el contrato mismo, esto es, la explotación de la clientela. No obstante lo anterior, es importante señalar que con las pruebas allegadas al proceso no ha sido posible para este Tribunal probar o determinar el alcance del incumplimiento, si tuvo la gravedad suficiente para impedir completamente, como lo señala la Convocante, el desarrollo de las actividades propias del Contrato de Concesión celebrado y mucho menos la relación causa efecto o la capacidad del mismo generar los daños alegados por la Convocante. Sobre esto último el Tribunal se pronunciará de manera concreta en el número 3 del presente apartado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la Convocada alega la excepción de contrato no

cumplido (artículo 1609 del Código Civil) el Tribunal procede a su análisis:

- a. Como lo ha señalado la Honorable Corte Suprema de Justicia³ el verdadero significado del artículo 1609 del Código Civil es que *“en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente”*.
- b. Para que la excepción prospere el incumplimiento de la Convocante debe ser de una gravedad similar o superior, proporcional al incumplimiento alegado por la Convocada.
- c. En el presente trámite se probó con suficiencia el incumplimiento por parte de la Convocante de la obligación de pagar las sumas acordadas en el Contrato celebrado. La documentación aportada por ambas partes, así como las testimoniales recaudadas dan cuenta del incumplimiento reiterado de dicha obligación, así como de los diversos intentos de renegociación de los plazos pactados para su cumplimiento. De igual forma, se probó la disposición de la Convocada para otorgar plazos adicionales para el pago de las sumas vencidas.
- d. El incumplimiento en los pagos acordados fue grave, recurrente y reiterado por parte de la Convocante. Incumplimiento que, en vista de lo estipulado en el Contrato celebrado, así como lo señalado por el Artículo 973 del Código de Comercio, confiere el derecho a la Convocada para dar por terminado el contrato, como efectivamente lo hizo.
- e. El incumplimiento en los pagos acordados no tiene una correlación o es consecuencia directa del incumplimiento de las obligaciones de la Convocada.

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentran probados los elementos que constituyen la excepción alegada por lo que la misma prospera.

3. Sobre los daños y perjuicios alegados por la Convocante

Antes de entrar a analizar las pruebas aportadas en este punto debemos reiterar que, en el

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia [STC14554-2019 del 24/10/2019](#), Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

presente caso, consecuencia natural de lo analizado en el numeral primero anterior, la legitimación por activa le corresponde a la señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA**, única y exclusivamente. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal se abstendrá de analizar y valorar los medios probatorios allegados y referentes al señor **JAIR CRUZ ESPINOSA**.

En lo que se refiere a los daños y perjuicios causados tenemos que la Convocante bajo la gravedad de juramento los estimó en una suma de ciento ochenta millones de pesos mcte (\$180.000.000.00). El juramento estimatorio fue objetado por la Convocada en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, argumentando que sumas exigidas que no tienen soporte documental alguno y que la indemnización estimada se liquida sobre conceptos inexistentes. Además, la Convocada alega la excepción la ausencia de los elementos que configuran una responsabilidad civil.

Para el efecto, las partes fundamentan sus pretensiones en los siguientes medios de prueba:

- a. La Convocante sustenta sus pretensiones en el dictamen del perito Mario Alonso Gonzales, debidamente aportado y del cual se surtió contradicción en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso. Sobre este medio probatorio se observa lo siguiente:
 - i. De la pericia allegada al expediente no es posible determinar cuáles fueron los exámenes, métodos y los fundamentos técnicos de las conclusiones a las que llegó el perito;
 - ii. El perito no demuestra con claridad y suficiencia su idoneidad;
 - iii. Al ser interrogado sobre los documentos que fueron analizados por el perito para llegar a las conclusiones de su dictamen, éste señaló que se basaron en una certificación expedida por la contadora pública Martha Patricia Villarreal Jaramillo, así como en el informe técnico de edificaciones elaborado por William Andrés Avila, documentos aportados al proceso pero que no fueron objeto de ratificación (artículo 262 CGP).
 - iv. Además, el perito señaló que no tuvo acceso a la contabilidad de los demandantes.
- b. De igual forma, la Convocante allegó al expediente la certificación de la contadora

Martha Patricia Villareal Jaramillo. De este último documento la Convocada solicitó la correspondiente ratificación (artículo 262 CGP) sin que la misma se hubiese surtido por la Convocante en el plazo previsto por el Tribunal. No obstante provenir de contadora pública, a este documento el Tribunal no puede darle el valor probatorio solicitado por la Convocante, además de su falta de ratificación, ya que la información contenida en el mismo no pudo ser verificada por ninguno de los medios probatorios allegados al proceso. Como se verá más adelante, en el curso de los interrogatorios surtidos y la fallida exhibición de documentos no se logró demostrar que la Convocante llevara la contabilidad en los términos señalados en las normas legales vigentes, luego no es claro para este Tribunal cuál fue el soporte documental utilizado por la contadora Martha Patricia Villareal Jaramillo para expedir tal certificación. Además, no puede pasar por alto el Tribunal que la certificación da cuenta de unas supuestas inversiones realizadas por la señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA**, cuando de la información suministrada por esta y el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** en los interrogatorios surtidos es más que evidente que la primera no realizó tales inversiones.

- c. Sobre los daños y perjuicios alegados fueron además interrogados los señores **JAIR CRUZ ESPINOSA** y **MARÍA MARGARITA ESPINOSA**. De los interrogatorios surtidos a ambos se puede extraer que:
- i. La señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA** no realizó inversiones para el desarrollo de las actividades comerciales previstas en el Contrato de Concesión;
 - ii. De las respuestas e información suministradas por ambos (**JAIR CRUZ ESPINOSA** y **MARÍA MARGARITA ESPINOSA**) pareciera que fue el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** quien realizó las inversiones correspondientes;
 - iii. La señora **MARÍA MARGARITA ESPINOSA** no llevaba una contabilidad en los términos señalados en las normas legales vigentes. En este punto no sobra recordar que los artículos 19, 48 y siguientes del Código de Comercio señalan que está obligado a llevar contabilidad, de todas sus operaciones diarias y conforme a las prescripciones legales, todo aquel que sea considerado comerciante, independientemente si se trata de una persona natural o jurídica.

- d. Además, la Convocada solicitó la exhibición de los libros y papeles de **MARÍA MARGARITA CRUZ ESPINOSA**, con todos los asientos y papeles donde consten todas las operaciones relacionadas con la ejecución del Contrato de Concesión durante el tiempo que duró la relación contractual con la Convocada. Sobre estos últimos, en el curso de la audiencia fijada para la exhibición correspondiente (2 de octubre de 2023) encontramos que la Convocante no los aportó.

Además, a la audiencia citada la Convocante no asistió, dejando el desarrollo de la misma a su apoderado, quien, al preguntársele sobre los documentos señaló lo siguiente: *“No tienen en este momento los documentos referidos en las primeras dos categorías de la solicitud, es decir, “los libros y papeles de María Margarita Espinosa, con todos los asientos y papeles donde consten todas las operaciones relacionadas con la ejecución del contrato de concesión durante el tiempo que duró la relación contractual con Éxito”*”.

Lo mismo fue manifestado por el apoderado frente a las declaraciones de renta presentadas ante la DIAN por **MARÍA MARGARITA CRUZ ESPINOSA**, correspondiente a los años fiscales 2016, 2017, 2018 y 2019, junto con los libros, anexos y soportes con base en los cuáles las elaboró y presentó ante la DIAN.

- e. Finalmente, entre la documentación aportada por la Convocante, relevante para la estimación de los daños, encuentra el Tribunal la comunicación del señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** dirigida a la Convocada y fechada el 24 de noviembre de 2017, documento que obra como folio 60 del escrito de descorre excepciones presentado por la Convocante. En la comunicación referida el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA**, además de presentar como causa de las bajas ventas las inundaciones en el local, también presenta otras distintas, entre ellas la situación económica generalizada del país y el no darse los presupuestos de crecimiento esperados. En la comunicación el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** señala que: *“Debido a razones ajenas a nuestra voluntad, en primer lugar problemas de inundación del local y posteriormente a la situación económica generalizada del país, no se han dado los presupuestos de crecimiento esperados y por lo tanto la inversión no ha podido dar frutos, pues el proceso de crecimiento empresarial se ha ralentizado y por tanto se espera que en la temporada navideña y los meses siguientes se logre alcanzar el punto de equilibrio, donde podemos decir que la inversión inicial ha alcanzado su propósito*

fundamental”.

No pasa por alto el contenido de la comunicación referida, aportada por la misma Convocante, como quiera que con ella se pone en tela de juicio que los daños y perjuicios sufridos sean consecuencia exclusiva y determinante de las inundaciones presentadas en el local. Cuestionamiento válido si se considera que el peritaje presentado por la Convocante, cuya pertinencia e idoneidad ya fue analizada por este Tribunal, no hace mención alguna a las otras causas de la disminución de ventas e ingresos del negocio y aludidas por el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** en su comunicación, mucho menos hace una discriminación y/o ponderación adecuada del impacto que cada una de las mencionadas causas tuvo efectivamente en el detrimento del negocio.

Una vez apreciados estos medios probatorios este Tribunal considera lo siguiente:

Primero. En el presente caso, la prueba natural e idónea, aunque no exclusiva, para determinar la cuantía de los daños y perjuicios causados con el incumplimiento del Contrato sería la contabilidad, los libros de comercio que estaba obligada a llevar la Convocante. No en vano el artículo 264 del Código General del Proceso le dio plena eficacia probatoria a los libros y papeles de comercio en los asuntos mercantiles, en los que entren en litigio aquellos que se consideren comerciantes por la ley, los cuales además pueden usarse como prueba en los dictámenes periciales. Que los libros y papeles de comercio constituyan “plena prueba” es apenas lógico y totalmente coherente con la obligación que se les impone a los comerciantes de llevar la contabilidad en debida forma y de conformidad con las normas aplicables. Los libros de comercio se establecieron, entre otros aspectos, con el fin de que los actos que ejecuten los comerciantes puedan ser oponibles a terceros y además puedan hacerse valer como prueba en litigios posteriores.

Desafortunadamente, la Convocante no pudo dar cuenta de su contabilidad, no dio cuenta de los recursos que había invertido en su negocio, de los equipos adquiridos y su costo, mucho menos de los ingresos y costos regulares en el desarrollo de la operación de este. No pudo probar sus niveles de ventas, como tampoco la disminución en los mismos como consecuencia de los incumplimientos de la Convocada. De igual forma, no pudo dar cuenta de sus declaraciones de impuestos, de los libros, anexos y soportes con base en los cuáles las elaboró y presentó ante la DIAN. Situación que da al lastre con sus pretensiones

económicas, ya que le impide por esta vía al Tribunal determinar la existencia de los daños sufridos con motivo de los hechos que dieron lugar al presente trámite.

Segundo. En el caso del peritaje aportado, medio que podría ser igualmente idóneo para los fines de probar la existencia de los daños y perjuicios, siguiendo lo ordenado por el artículo 228 del Código General del Proceso el Tribunal debe apreciarlo y valorarlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso.

Analizado el documento y su sustentación, es evidente que el perito rindió la experticia correspondiente sin verificar de manera adecuada la veracidad de la información a él suministrada por la Convocante, situación que lleva a este Tribunal a concluir que el dictamen presentado carece de solidez, precisión, exhaustividad y calidad. Para este Tribunal no es admisible como medio de prueba un peritaje que se fundamenta en la certificación de la contadora Martha Patricia Villareal Jaramillo, documento que carece de sustento necesario para ser considerado idóneo desde el punto de vista probatorio. Lo anterior, más aún cuando el perito manifestó expresamente no haber verificado la contabilidad de la Convocante, de la cual, como ya se ha dicho, no fue posible siquiera probar su existencia. Peritaje que además paso por alto analizar, discriminar y ponderar las diversas causas de la disminución de ventas e ingresos del negocio desarrollado por la Convocante.

Así las cosas, la Convocante no pudo probar la existencia de los daños que soportan las pretensiones económicas planteadas, por lo que este tribunal procederá a denegarlas, declarando la prosperidad de la excepción de la ausencia de los elementos que configuran una responsabilidad civil propuesta por la Convocada.

4. Juramento Estimatorio

No habrá lugar a imponer sanción al tenor de lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso. Para el Tribunal es más que evidente que la imposibilidad de probar los daños causados y con ello la negativa a las pretensiones de la Convocante es consecuencia natural de la falta de legitimidad que se declara por el Tribunal respecto del señor **JAIR CRUZ ESPINOSA** y no por un actual deshonesto o irregular de la Convocante en esta materia.

Hay que recordar que, de conformidad con la norma en cita la sanción solamente opera en dos hipótesis, a saber: la primera, cuando la condena impuesta no excede del 50% de la suma estimada; y, la segunda, cuando la pretensión es denegada por ausencia total de prueba de la suma reclamada, debiendo en ambos casos analizarse la diligencia, probidad y buena fe de la parte demandante al formular el juramento estimatorio. Como quiera que, en el presente caso no existe evidencia de un actuar negligente o contrario a la buena fe de la Convocante, no hay lugar a analizar la imposición de la eventual sanción.

5. Costas

Sabido es que de conformidad con lo establecido en el artículo 365, numeral 1, del Código General del Proceso, se condena en costas a la parte vencida en juicio. En el presente caso, encuentra el Tribunal que las pretensiones incorporadas en la demanda reformada no prosperaron y que algunas de las excepciones de mérito formuladas por la Convocada, lo cual trae como consecuencia que en este Laudo habrá condenación en costas a favor de la Convocada y en contra de la Convocante.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 361 del Código General del Proceso, las costas están integradas por dos rubros: las expensas y las agencias en derecho. Las primeras corresponden a los gastos en que incurre la parte vencedora del proceso y que deben estar debidamente acreditados en el expediente; y, las segundas, corresponden al reconocimiento que se le hace a la parte vencedora por los gastos de defensa judicial en que ha incurrido.

En este litigio está demostrado que la parte Convocante pagó inicialmente la totalidad de las sumas correspondientes a honorarios y gastos, que fueron fijadas por este Tribunal. Adicionalmente, está acreditado que en oportunidad posterior dichos gastos le fueron reembolsados por parte de la Convocada⁴.

Se trata, por lo demás, del único gasto, erogación o expensa generado por el proceso a la parte vencedora que se encuentra debidamente acreditado en el expediente. En lo que hace a la práctica de las pruebas y la fase de alegatos, el proceso fue conducido de manera virtual, sin implicar desplazamientos para las partes, elaboración de copias y/o pago de honorarios que se encuentren probados en el expediente.

⁴ Memorial del 11 de octubre de 2023, donde se acredita el reembolso por valor del COP\$7.291.478.

Otro tanto cabe decir frente a las agencias en derecho, habida cuenta que los apoderados que actuaron durante el trámite en representación del grupo éxito son miembros de su equipo jurídico interno, y no está demostrado que hubiese sido necesario encargo o contrato particular, erogación adicional o gasto extraordinario alguno para correr con el valor de la defensa judicial.

En consecuencia, la liquidación se limitará a reconocer la suma de **SIETE MILLONES, DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$COP\$7.291.478)** cuya causación es la única que aparece debidamente comprobada en el proceso.

En consecuencia, la condena en costas a favor de la Convocada ascenderá a la suma de **SIETE MILLONES, DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$COP\$7.291.478).**

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitraje constituido para decidir en derecho las controversias suscitadas entre **MARÍA MARGARITA ESPINOSA**, como parte Convocante, y **ALMACENES ÉXITO S.A.** como parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar probada la excepción de inexistencia de pacto arbitral con el señor **JAIR CRUZ ESPINOSA**, y con ella, declarar falta de legitimación en la causa por activa de éste.

SEGUNDO.- Declarar probadas la excepción de contrato no cumplido y la excepción de ausencia de los elementos que configuran una responsabilidad civil.

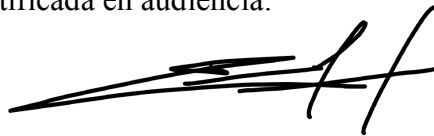
TERCERO.- Denegar las pretensiones de la Convocante por las razones contenidas en la parte motiva del presente laudo.

CUARTO.- Abstenerse de pronunciarse, por sustracción de materia, sobre las demás

excepciones propuestas por la Convocada.

- QUINTO.-** Que no habrá lugar a imponer sanción al tenor de lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso.
- SEXTO.-** Condenar en costas a la Convocante y a favor de la Convocada por la suma de **SIETE MILLONES, DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$COP\$7.291.478).**
- SÉPTIMO.-** Declarar causados los honorarios del árbitro y del secretario, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del presidente del Tribunal.
- OCTAVO.-** Disponer que una vez agotados los trámites propios del Tribunal, su presidente deberá rendir las cuentas de las sumas puestas a su disposición para atender los gastos y expensas que demandó el funcionamiento del Tribunal.
- NOVENO.-** Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes con las constancias de ley.
- DÉCIMO.-** Disponer que en su debida oportunidad se remita el expediente para su archivo al centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín.

Esta providencia queda notificada en audiencia.



Intervino por medios electrónicos
MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
Árbitro

Intervino por medios electrónicos



JORGE ALBERTO RAMÍREZ GÓMEZ
Secretario

